Die Klage des Losinhabers gegen den Lotterieunternehmer

auf Vornahme der Ziehung und ihre Durchführung im Wege der Zwangsvollstreckung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristenfakultät der Universität zu Rostock

vorgelegt von

Bernhard F. V. Jaffé
Referendar.

Druck von Robert Noske, Borna-Leipzig
Großbetrieb für Dissertationsdruck
1914.

Referent: Professor Dr. Wachenfeld.

Meinem lieben Großvater.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Bender, Die Lotterie. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 15 Beilageheft. Heidelberg 1832.

Brunabend, Beitrag zur Lotterie. Diss. Münster 1899.

Cohn, Die Lotterie- und Ausspielgeschäfte. In Endemanns Handbuch des Handelsrechts Bd. 3 1885.

Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 5. Aufl.

Cosack, Literaturbesprechungen. In Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 30 S. 275, Bd. 1 S. 319.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1, 2.

Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte. 3. Aufl.

Dernburg, Preußisches Privatrecht. Bd. 2. 5. Aufl. 1897.

Dernburg, Bürgerliches Recht. Bd. 2. 3. Aufl.

Eberhard, Der Kauf des Lotterieloses. Diss. Münster 1898.

Elster, Spielverträge. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 26 S. 34 ff.

Endemann, Beiträge zum Lotterierecht. Bonn 1882.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1903.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 6./8. Aufl. 1911.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. Bd. 2. 7. Aufl. 1896.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 1. 2. Aufl. 1909.

Gruchot, Glossen zum allgem. Landrecht. In Gruchots Beiträgen Bd. 12 S. 183 ff.

Jacobi, Die Wertpapiere. Jena 1901.

Jakubecky, Bemerkungen zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1892.

Jeß, Zum § 763 BGB. In der Deutschen Juristenzeitung 1905 S. 491 ff.

Kipp, Die Verurteilung zu Willenserklärungen und Rechtshandlungen. Kiel und Leipzig 1892.
Kommentar von Reichsgerichtsräten. Bd. 1.
Kuntze, Inhaberpapiere. Leipzig 1857.
Lang, Die Kreationstheorie, Berlin 1906, und im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 30 S. 7 ff.
Neukamp, Zivilprozeßordnung. 1911.
Neukamp in Holdheims Monatsschrift 1905 S. 1 ff.
Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. 3./4. Aufl.
Petersen, Zivilprozeßordnung. 4. Aufl. 1901.
Planck, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 2. 2. Aufl.
Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 2. 1903.
Seuffert, Zivilprozeßordnung. Bd. 2. 1911.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 1. 9. Aufl. Bd. 2. 8. Aufl.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. 7./8. Aufl. und 5./6. Aufl.
Stein, Zivilprozeßordnung. Bd. 1. 10. Aufl. Bd. 2. 8./9. Aufl.
Stobbe, Deutsches Privatrecht. Bd. 3. 3. Aufl. 1898.
Waag in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 21 S. 406 ff.

Einleitung.

In den deutschen Bundesstaaten ist es vielfach üblich, Unternehmungen mit wohltätigen oder gemeinnützigen Zwecken die staatliche Genehmigung zur Veranstaltung einer Lotterie zu erteilen. Die Absicht dieser Lotterien wird erreicht, wenn die Unternehmer so viel Lose absetzen, daß der Ertrag aus den Losverkäufen die Summe der ausgesetzten Gewinne übersteigt, und der Überschuß, nach Abzug der Unkosten, zur Erfüllung des gewollten Zweckes ganz oder teilweise ausreicht.

Die Erfahrung lehrt, daß diese Lotterien in Deutschland fast stets ihren Zweck des mühelosen Gelderwerbes erreichen; denn die Spielwut des großen Publikums wendet sich diesen erlaubten Betätigungen nur zu gern zu. Indessen kommen Fälle vor, in denen ein nicht zu aussichtsvoller Gewinnplan, schlechte Zeiten, die Einschränkung des Absatzgebietes auf einen soliden Bezirk oder andere Umstände den Zwecken des Unternehmers gefährlich werden. Der Unternehmer kommt in eine arge Lage, wenn er an dem festgesetzten Ziehungstermin mit einer großen Anzahl von Losen sitzengeblieben ist, die er nun selber spielen muß. Er sieht sich dann der Möglichkeit gegenüber, daß durch die Auslosung mehr an Gewinnen

auf die verkauften Lose entfällt, als er durch die verkauften Lose erhalten hat. Häufig wird dann der Unternehmer in dem Bemühen, das Versäumte nachträglich zu erreichen, den Ziehungstermin verschieben. Es ist denkbar, daß auch diese Aussetzung des Termins dem Unternehmer nichts nutzt, und er dann die Vornahme der Ziehung gänzlich aufgibt mit der Begründung, der Zweck der Lotterie könne nun nicht mehr erreicht werden.

Sehr wesentlich ist es hier für die Inhaber der bereits verkauften Lose, zu erfahren, wie sie ihre Rechte durchsetzen. Die Erörterung dieser Fragen soll den Gegenstand der folgenden Untersuchung bilden.

A. Die Klage auf Vornahme der Ziehung.

I. Die Natur des im Lose verbrieften Rechts.

a) Die Natur des Lotterievertrages.

Die Stütze des Losinhabers, dessen Los bezahlt ist, und der seinerseits an den Lotterieunternehmer nichts mehr zu erfüllen braucht, ist das im Lotterielose verbriefte Recht. Die Lotterie ist ein Unternehmen, bei welchem der Unternehmer einer Mehrheit von Personen gegen Entrichtung des Einsatzes die Leistung der nach Maßgabe des Spielplans auf sie entfallenden Geldgewinne verspricht. Die Ziehung oder ein anderes Verfahren, in welchem der Zufall entscheidet,[1]) bestimmt die Gewinne und Nieten.[2]) Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist unter Lotterie nur die Geldlotterie zu verstehen, jedoch wird im täglichen Leben auch die Ausspielung als Lotterie bezeichnet. Die Unterscheidung ist für Preußen wesentlich, da die Verfügung des preußischen Ministers des Innern

---

[1]) In Deutschland ist die Nummernlotterie üblich, in Österreich und Italien dagegen die Zahlenlotterie (Lotto), bei welcher die Spieler beliebige Einsätze auf eine der Zahlen von 1—90 setzen. Die Gewinnzahlen werden durch die Ziehung festgestellt.

[2]) Komm. d. RGRäte S. 763.

betr. die Genehmigung von Privatgeldlotterien v. 5. 9. 1904 (MinBl. S. 242), wie schon ihr Name besagt, sich nur auf die Lotterie im engeren Sinne bezieht.

Durch § 286 StGB. ist die Veranstaltung öffentlicher Lotterien und Ausspielungen ohne obrigkeitliche Erlaubnis mit Strafe belegt. Im Gegensatz zu den öffentlichen Lotterien, deren Spielplan gewöhnlich öffentlich bekanntgegeben wird, stehen die nichtöffentlichen Lotterien, d. h. diejenigen, die sich lediglich auf einen durch persönliche Bekanntschaft, durch Beruf, gesellige Veranstaltungen oder dergleichen beschränkten Personenkreis erstrecken.[3])

Die Verträge, die vom Unternehmer der Lotterie mit den einzelnen Teilnehmern geschlossen werden, heißen Lotterieverträge (§ 763 BGB.). Sie sind in ihrem Bestande voneinander unabhängig. Durch den Lotterievertrag verpflichtet sich der Teilnehmer den Einsatz, der Unternehmer den durch die Ziehung ermittelten Gewinn an die betreffenden Teilnehmer zu zahlen.[4])

Vor der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs war die rechtliche Natur des Lotterievertrages überhaupt bestritten. Die einen (Cohn u. a.)[5]) bezeichnen ihn als Hoffnungskauf, die andern als Spielvertrag.[6])

---

[3]) Weitere Einteilungen gibt Cohn S. 41.

[4]) Cohn S. 40; Bender S. 33.

[5]) Cohn S. 47; Bender S. 36.

[6]) Endemann, Lotterierecht S. 95; Stobbe S. 441; Dernburg, PrPrivR. S. 425; Cosack in ZHR. Bd. 30 S. 272. Weitere Ansichten bei Cohn S. 47ff.

Dieser zweiten Ansicht ist auch das Bürgerliche Gesetzbuch gefolgt, das den Lotterievertrag in dem Abschnitt „Spiel und Wette" geregelt hat.[7])

Die Motive (Bd. 2 S. 648) sagen hierüber, daß wegen par ratio zwischen Lotterie und Ausspielung einerseits und Spiel und Wette andererseits eine legislative Unterscheidung nicht gemacht werden könne.[7a]) Mit Recht; denn ob man nun den Lotterievertrag als Unterart des Spiels betrachtet oder ihn dem Spiel, als juristischem Begriff, in gewisser Hinsicht gegenüberstellt, kann für die gesetzlichen Folgen gleichgültig sein; denn die wichtigsten Merkmale des Spieles liegen bei dem Lotterievertrage zweifellos vor. Auch bei ihm ist es vom Eintritt ungewisser, regelmäßig durch den Zufall bestimmter Umstände abhängig, ob und in welcher Höhe ein Gewinn dem einen oder anderen Vertragschließenden zufallen soll.[8])

Cohn (S. 49) wendet ein, daß beim Lotterievertrage Gewißheit darüber bestehe, daß der Teilnehmer zur Zahlung des Einsatzes verpflichtet sei, während beim Spiel die Leistung beider Vertragschließenden ungewiß sei. Aller-

---

[7]) Ebenso Planck S. 813; Oertmann S. 429; Endemann, BGB. S. 1180; Komm. d. RGRäte S. 567; Elster S. 46; a. M. Brunabend S. 16; Eberhard S. 23.

[7a]) Anders im Strafrecht: § 284 StGB. verbietet das gewerbsmäßige Glücksspiel, dessen Gegensatz zum Kunstspiel unten erörtert wird, § 286 StGB. die Veranstaltung einer öffentlichen Lotterie ohne obrigkeitliche Erlaubnis.

[8]) Staudinger S. 1375; Planck S. 806.

dings besteht beim Lotteriespiele die Gewohnheit, daß der Spieler seinen Einsatz vor der Ziehung entrichtet. Ob diese Vermögenseinbuße jedoch eine dauernde bleiben wird, entscheidet sich erst durch die Ziehung. Ebenso ungewiß wie die Leistung des Teilnehmers ist beim Abschluß des Vertrages auch die des Unternehmers.[9] Der Umstand, daß ihm bei gutem Losabsatze die Erfüllung seiner Verpflichtungen von Mitteln der Teilnehmer möglich ist, steht dieser Ungewißheit keineswegs im Wege. Auch der mangelnde wirtschaftliche Ernst, ein typisches Merkmal des Spiels, ist beim Lotterievertrage gegeben.

Wenn hier der Ausdruck Spiel häufiger gebraucht wurde, so war damit diejenige Art der Spiele gemeint, die als Glücksspiele bezeichnet zu werden pflegen. Im Gegensatz zu den Glücksspielen stehen die Kunst- und Geschicklichkeitsspiele. Während das Glücksspiel die Vereinbarung von Gewinn und Verlust unter entgegengesetzten vom Zufall *wesentlich* beeinflußten Bedingungen zu dem Zwecke des Gewinns oder der Unterhaltung (vgl. RG. Bd. 60 S. 381; RGSt. Bd. 34 S. 392) ist, überwiegt die Kunst oder Geschicklichkeit der Mitspielenden bei der andern Hauptart des Spiels den Einfluß des Zufalls. Die Ansichten darüber sind verschieden, inwiefern auch diese zweite Gruppe den Bestimmungen über Spiel des Bürgerlichen Gesetzbuchs unterliegt. Die Darstellung dieser Meinungen fällt aus dem Rahmen

[9]) *Cosack* S. 275; *Cohn* S. 49.

unserer Betrachtung, da die Lotterie zweifellos nur Zusammenhang mit dem Glücksspiel haben kann.

Gegen die Ansicht der Hoffnungskauftheorie spricht ferner der Umstand, daß der Lotterieteilnehmer weiß, daß die Summe der Gewinne weit hinter der Summe der Einsätze zurückbleibt, daß also die Leistung des Unternehmers seiner Leistung regelmäßig nicht entspricht, während beim Hoffnungskauf das Entgelt des Hoffnungskäufers der gekauften Leistung wirtschaftlich gleichwertig ist.[10])

Ebenso wie der Spielvertrag ist auch der Lotterievertrag ein gegenseitiger Vertrag. Nach herrschender Ansicht bewirkt die staatliche Genehmigung eines Bundesstaates die Verbindlichkeit des Vertrags auch für den Bereich aller übrigen Bundesstaaten, während nach anderer Ansicht die Verbindlichkeit auf das Gebiet des genehmigenden Bundesstaates beschränkt ist. Der unsichere Rechtszustand, den die Anerkennung der zweiten Ansicht bewirken würde, und vor allem der Umstand, daß § 763 als Reichsgesetz die staatliche Genehmigung als Gültigkeitserklärung zuläßt, zeigen die Richtigkeit der ersten Ansicht.[11]) Ebenso hält die bei weitem herrschende Ansicht Nebenverträge, wie etwa Aufträge, Kommissions-

---

[10]) Elster S. 46; Planck S. 806.

[11]) So auch Planck Anm. 6 zu § 763; Oertmann Anm. 1a zu § 763 und die dort zitierte zahlreiche Literatur; and. A. eigentlich nur Cosack Bd. 1 § 157.

verträge, Zessionen usw., die mit dem genehmigten Lotterievertrage zusammenhängen, für gültig.[11a])

Indessen kommt ein Lotterievertrag nur in den seltensten Fällen der Lotterie zustande, nur dann nämlich, wenn Lose nicht ausgestellt werden, oder wenn sie — wie z. B. manchmal bei nichtöffentlichen Lotterien — bloße Beweisurkunden sind. Wie unten zu erörtern ist, wird jedoch, wenn das Los eine Schuldverschreibung auf den Inhaber ist, ein Lotterievertrag nicht abgeschlossen, wenn auch die Vorschriften eines solchen Vertrags dadurch nicht gänzlich bedeutungslos werden.

b) Das Los ist eine Schuldverschreibung auf den Inhaber.

Ist dem Unternehmer, z. B. bei einer nichtöffentlichen Lotterie, jeder der Teilnehmer bekannt, so können die dann noch ausgegebenen Lose bloße Beweisurkunden sein; oft sind sie dann wohl nur ein duplum des in der Urne zur Ziehung verwandten Nummerntäfelchens.

Das Los der öffentlichen Lotterie ist jedoch im Regelfalle — von dem hier nur zu sprechen ist — eine Schuldverschreibung auf den Inhaber.[12])

[11a]) Komm. d. RGRäte 2. Aufl. S. 694; Jeß in DJZ. 1905 S. 492; Planck S. 815; Oertmann S. 929.

[12]) JW. 1912 S. 881; OLG. Bd. 22 S. 347, Bd. 24 S. 413; Endemann S. 1178; Förster-Eccius, PrPrivR. S. 106; Dernburg, PrPrivR. S. 427; Eberhard S. 19; Endemann, Lotterierecht S. 114 f.; and. M. Cohn S. 58.

Die preuß. Verfügung über die Genehmigung der Privatgeldlotterien v. 5. 9. 1904 (MinBl. S. 242) stellt gewisse Regeln für die äußere Beschaffenheit der Lose auf, deren Entwürfe zur Genehmigung der betreffenden Aufsichtsbehörde einzureichen sind. Nr. 4 der Verfügung verlangt, daß der wesentliche Inhalt des Spielplans und der Verlosungsbedingungen auf den Losen bekanntzumachen ist, insbesondere Anzahl und Preis der Lose, Zahl und Wert der Gewinne, Ort und Zeit der Ziehung, die Hauptbestimmungen über die Veröffentlichung der Ziehungsergebnisse, die Abhebung und den Verfall der Gewinne sowie das Absatzgebiet der Lose.

Im übrigen gleichen sich die Lose der meisten öffentlichen Lotterien darin, daß auf ihnen ein Gläubiger nicht genannt ist; sie tragen die im Wege mechanischer Vervielfältigung hergestellte Unterschrift des Unternehmers[13]) und unterscheiden sich untereinander nur durch ihre Nummern.

Eine Urkunde, in welcher der Aussteller dem Inhaber eine Leistung verspricht, ist eine Schuldverschreibung auf den Inhaber (§ 793 BGB.). Ausreichend für dieses Versprechen ist es, wenn die Absicht des Ausstellers, dem Inhaber verpflichtet zu werden, sich mit Sicherheit aus der Form der Urkunde, der Natur des Versprechens oder anderen Umständen ergibt.[14])

---

[13]) Eventuell bei juristischen Personen die Unterschriften der vertretungsberechtigten Vorstandsmitglieder.

[14]) Enneccerus S. 568; RG. Bd. 13 S. 154.

Die Tatsache, daß im Lose ein Gläubiger nicht genannt ist, bietet zunächst einen Anhalt für diese Absicht. Der Umstand ferner, daß der Aussteller nach den Bestimmungen der Ziehungspläne (z. B. § 11 des Plans der 3. preußisch-süddeutschen Klassenlotterie) nur gegen Aushändigung des Gewinnloses zur Leistung verpflichtet ist, daß demnach das Los ein Einlösungspapier ist, deutet auf seine Inhabernatur hin (Cohn S. 74). Ganz allein können diese beiden Umstände indessen die Inhabernatur des Loses noch nicht beweisen, treffen sie doch auch z. B. bei Gepäckscheinen und Garderobemarken zu, die nichtsdestoweniger als Legitimationspapiere anzusehen sind.[15])

Die maßgebenden Kennzeichen der Inhaberpapiere haften jedoch dem Lose ebenfalls an. Das ist zunächst die ausgesprochene Verkehrstendenz des Loses (s. Jacobi S. 371). Das Los wird nur ausgegeben, um die Teilnahme an dem Spiele einer großen Anzahl von dem Unternehmer unbekannten und event. leicht wechselnden Personen zu ermöglichen. Im Verkehr wäre diese Teilnahme auf andere Art als durch Losausgabe schwer zu erreichen. Hieraus ergibt sich auch schon die Erfüllung eines anderen Merkmals der Inhaberpapiere durch das Lotterielos: das ist das unpersönliche Moment, welches in der Natur des Loses liegt. Unpersönlich ist der Gläubiger dem Schuldner gegenüber, der sich keiner bestimmten Person, sondern dem Losinhaber verpflichtet, unpersönlich

[15]) Planck zu § 807 und Jacobi S. 363 ff.

auch der Gegenstand des im Lose verbrieften Rechts. Hier liegt eine vertretbare Leistung vor im Gegensatz zu den erwähnten Legitimationspapieren, welche sich immer auf ein bestimmtes Stück Gepäck, Garderobe usw. beziehen.

Das Los der öffentlichen Lotterie ist demnach ein reines Inhaberpapier im Sinne des § 793 BGB., nicht etwa ein Inhaberzeichen des § 807; bei Inhaberzeichen ist der Gegenstand der Leistung nur unvollkommen, oft nicht einmal der Aussteller benannt (Planck zu § 807).

Nach § 795 BGB. bedürfen Schuldverschreibungen auf den Inhaber, in welchen die Zahlung einer bestimmten Geldsumme versprochen wird, der staatlichen Genehmigung. Bei Geldlotterien ist die in Aussicht gestellte Gewinnsumme nicht bestimmt, denn es liegen außer der Verlustmöglichkeit immer verschiedene Gewinnmöglichkeiten vor. Immer aber würde, auch wenn man mit Planck[16]) die Genehmigung aus § 795 für erforderlich erachten sollte, diese in der Lotteriegenehmigung enthalten sein. Es muß in diesem Fall die für die Lotteriegenehmigung zuständige Behörde auch als zuständig zur Genehmigung aus § 795 für Lose erachtet werden.

c) Rechtsnatur und Inhalt der Verpflichtung aus dem Lose.

Der Umstand, daß das Lotterielos eine Schuldverschreibung auf den Inhaber ist, hat wichtige Folgen hinsichtlich der Entstehung des durch das Los verbrieften Rechtes.

---

[16]) Planck S. 813, ähnlich OLG. Bd. 24 S. 413.

Eine allgemeine Erörterung über die Entstehung der Verpflichtung aus Inhaberschuldverschreibungen wird deshalb hier notwendig sein. Vor dem Inkrafttreten des Bügerlichen Gesetzbuchs standen sich in dieser Frage drei Theorien gegenüber: Die Vertragstheorie, deren Hauptvertreter Goldschmidt und Brunner waren, die Emissionstheorie von Stobbe, der einen bewußten Ausgabeakt des Ausstellers verlangt, und die Kreationstheorie, deren Verteidiger hauptsächlich Dernburg und Cosack waren. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich, wie auch die weitaus vorherrschende Ansicht [17]) annimmt, für die Kreationstheorie entschieden, und damit dem Streit ein Ende gemacht.

Wie aus dem Wortlaut des Gesetzes („Ausstellung" in den §§ 793—801, 803, 804, 806 BGB.) [18]) geht dies aus den Motiven mit aller Sicherheit hervor. Dort (Bd. 2 S. 695) ist gesagt, daß, „die rechtliche Verpflichtung des Ausstellers . . . in der verbindlichen Kraft des in der Urkunde erklärten einseitigen Verpflichtungswillens des Ausstellers" zu finden ist. Es entspricht dem Verkehrsbedürfnis, daß die Ausstellung unabhängig von den Mängeln eines Begebungsvertrages ist. Diesem Bedürfnis genügt nur die Kreationstheorie.

---

[17]) Enneccerus S. 570, Planck S. 885, Oertmann S. 991, Staub S. 1330, Komm. d. RGRäte S. 610, Endemann S. 1224, Dernburg BGB. Bd. 2 1. Abt. S. 411, vor allem Lang, die Kreationstheorie 1906, a. M. Jacobi S. 172 f.

[18]) Lang S. 19, 25.

Demnach ist hier anders wie bei § 305 BGB. ein Vertrag zur Entstehung der Forderung nicht nötig, sondern die Forderung entsteht mit der Ausstellung, der Schaffung des Inhaberpapiers durch den Aussteller. Mit der Ausstellung entsteht die Verpflichtung; wirksam wird sie aber erst, sobald der Aussteller das Papier nicht mehr in der Hand hat, sondern ein anderer Verfügungsberechtigter der Inhaber geworden ist (§ 793 BGB.). Das Gesetz versteht hierunter den Erwerb des Eigentums an dem Papier durch einen Dritten (RG. Bd. 63 S. 405; s. unten S. 19ff.), obwohl der Aussteller auch durch die Leistung an einen nicht zur Verfügung berechtigten Inhaber befreit wird.

Cosack (BGB. Bd. 2 S. 387), obwohl Vertreter der Kreationstheorie, konstruiert aus der Ausstellung einen Vertragsantrag, der an den ersten Erwerber des Papiers und dessen Nachfolger gerichtet sein soll. Dieser Antrag soll sich von andern dadurch unterscheiden, daß er auch gegen den Willen des Antragenden wirksam werden könne (Diebstahl des Papiers). Eine Annahme des Antrages, dessen bindende Kraft für den Antragenden von unbeschränkter Dauer sei, wäre nicht notwendig. Die merkwürdigen Folgen dieser Theorie zeigen am besten ihren Gegensatz zum Gesetz. So wird sie auch mit Recht von der herrschenden Meinung verworfen. Die Ausstellung kann nur als einseitiges nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft angesehen werden.[19]

---

[19]) Lang S. 18, Planck S. 885, Dernburg BGB. Bd. 2 Abt. 1 S. 411, Staudinger S. 1495.

Ein Vertrag hat empfangsbedürftige Willenserklärungen zur Voraussetzung. Die Ausstellung kann somit niemals Bestandteil eines Vertrages sein. Zwar erwirbt der erste Inhaber regelmäßig die Schuldverschreibung auf Grund eines obligatorischen Vertrages mit dem Aussteller. Der vor Abschluß dieses Vertrages bereits vorhandene Entstehungsgrund, die Ausstellung, kann jedoch unmöglich durch ihn verändert werden.[20]) Der im Regelfall abgeschlossene Vertrag ist ein Kaufvertrag über ein Wertpapier, ebenso wie der Erwerb einer auf den Inhaber ausgestellten Obligation von dem kreditsuchenden Unternehmer nicht Darlehn, sondern Kaufvertrag, der Erwerb eines Billets an der Theaterkasse nicht Werkvertrag, sondern Kaufvertrag ist.[21])

So ist und bleibt der im Regelfalle zwischen dem Lotterieunternehmer oder seinen Vertretern und dem Ersterwerber abgeschlossene Vertrag lediglich Kaufvertrag.[22]) [23]) Ein Lotterievertrag wird nicht abgeschlossen und es ist auch unmöglich, mit Endemann (S. 1179) den Los-

[20]) Ebenso Lang S. 116.

[21]) Oertmann Anm. 5 zu § 807 Vorbem. 2b vor § 631; Dernburg, BGB. Bd. 2 Abt. 2 S. 384; ROHG. Bd. 20 S. 254 und die dort zit. Lit. Das Theaterbillet ist meist ein Inhaberzeichen aus § 807.

[22]) Ebenso Crome S. 835 Anm. 6; a. M. Endemann S. 1179; Staudinger S. 1386; wohl auch Kom. d. RGRäte S. 567.

[23]) Mangel des Vorliegens eines Lotterievertrages hat die staatliche Genehmigung in diesen Fällen auch nicht die Gültigkeit eines Lotterievertrages, sondern die der Verpflichtung aus dem Lose zur Folge. § 763 BGB.

erwerb als Form des Eintritts in den Lotterievertrag anzusehen.

Dieser Annahme steht die Tatsache, daß das Los eine Schuldverschreibung auf den Inhaber ist, als unüberwindliches Hindernis entgegen.

Indessen sind für die Haftung des Unternehmers die Vorschriften des Lotterievertrages nicht bedeutungslos.

Notwendig abstrakt ist eine Schuldverschreibung auf den Inhaber nicht; nach den Motiven [24]) ist die „Angabe des Schuldgrundes“ auf dem Papier zulässig. Der Ausdruck der Motive ist hier nicht ganz genau. Der „Schuldgrund“ eines Inhaberpapiers ist immer die Ausfertigung. Diese kann selbstverständlich mit den Worten „Angabe des Schuldgrundes“ nicht gemeint sein. Als Schuldgrund im Sinne der Motive kann vielmehr nur derjenige obligatorische Vertrag zu verstehen sein, den der Aussteller mit dem ersten Erwerber des Papiers hätte abschließen müssen, wenn er seinen Zweck ohne Ausstellung von Inhaberpapieren hätte erreichen wollen. So wäre, wenn das Los — anders wie im Regelfalle — lediglich Beweisurkunde ist, der zwischen Unternehmer und Ersterwerber abgeschlossene Lotterievertrag der „Schuldgrund“ im Sinne der Motive. So ist auch im Folgenden das Wort „Schuldgrund“ zu verstehen.

Die Erwähnung des Schuldgrundes auf einem Inhaberpapier kann verschiedener Art sein. Die Angabe

---

[24]) Bd. 2 S. 695, 696, 699; Jacobi S. 207; Planck S. 898.

des Schuldgrundes kann lediglich „enuntiativer" Natur sein,[25]) also nur geschehen sein, um den Charakter der Urkunde zu erläutern, dann ist sie bedeutungslos. Sie kann aber auch der Art sein, daß sich der Aussteller durch die Erwähnung die Geltendmachung von aus dem Schuldgrunde stammenden Einwendungen gegenüber jedem Inhaber der Urkunde vorbehalten wollte. Eine derartige Annahme würde die Einwendungen aus dem Schuldgrunde ebenfalls zu „aus der Urkunde" sich ergebenden Einwendungen im Sinne des § 796 BGB. machen. Welcher Art nun diese Erwähnung des Schuldgrundes in jedem Einzelfalle ist, ferner ob die Angabe nur den Vorbehalt von einzelnen Einwendungen darstellen soll, muß von Fall zu Fall nach den Umständen unter Berücksichtigung der Verkehrssitte[26]) geprüft werden.

Die meisten der in Deutschland in Umlauf befindlichen Lotterielose tragen die Bezeichnung „Los der . . . Lotterie"; die der Privatgeldlotterien unterliegen bezüglich ihrer Form noch den bereits oben erwähnten Bestimmungen, nach denen besondere Angaben aus dem Spielplan auf ihnen gemacht sein müssen.

Die Bezeichnung als Los, und noch weniger die andern Angaben, haben nicht lediglich erläuternden Charakter. Sie enthalten den Vorbehalt des Ausstellers, nur leisten zu wollen, wenn auf Grund der Vorschriften

[25]) Mot. Bd. 2 S. 699.

[26]) Enneccerus Bd. 1 S. 519; Staudinger S. 1339; Jacobi S. 207; Komm. d. RGRäte S. 146.

des Lotterievertrages eine Verpflichtung zur Leistung besteht. Aus der Bezeichnung als Los können jedoch nicht alle vertraglichen Einwendungen (die nicht besonders angegeben sind) als vorbehalten gelten, so nicht die Einwendung der mangelnden Gegenleistungen, oder der Einwand, der erste Erwerber sei geschäftsunfähig gewesen. Eine solche Auslegung würde der Verkehrssitte entschieden widersprechen. Es können vielmehr nur die die Verpflichtung des Unternehmers unmittelbar — d. h. soweit seine Person ohne die Folgen der Ausgabe in Frage kommt, wie z. B. Angabe der Zahlstelle von Gewinnen usw. — betreffenden Einwendungen als vorbehalten angesehen werden. Nur in dieser Einschränkung läßt sich sagen, daß zu den Einwendungen aus der Urkunde die aus dem Lotterievertrage als dem Schuldgrunde im dargelegten Sinne gehören.

II. Das Gläubigerrecht des Losinhabers.

Das Ergebnis des ersten Teils war kurz: der Lotterievertrag ist eine Unterart des Spielvertrages; in den Regelfällen der deutschen Lotterien mit Losen wird ein Lotterievertrag nicht abgeschlossen, jedoch können sich aus einem „lotterievertragsähnlichen Schuldgrunde“ Einwendungen auch „aus der Urkunde“ im Sinne des Gesetzes ergeben.

Bei einem Konflikt zwischen Losinhaber und Unternehmer würde der Unternehmer diese Einwendungen stets

zu seinem Vorteil zu verwenden suchen. Seine eventuelle Haupteinrede, die der mangelnden Aktivlegitimation des Losinhabers zur Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Lose, wird jedoch noch kurz zu erörtern sein, bevor ein Eingehen auf den Ausgangsfall möglich ist. Die Untersuchung über den Erwerb des Gläubigerrechts bei Schuldverschreibungen auf den Inhaber kann sehr kurz sein, denn es ist heute allgemein anerkannt, daß der Gläubiger der Eigentümer der Urkunde ist.

Dieser Grundsatz[1]) ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen, folgt aber mit Notwendigkeit (Lang S. 45) aus § 797 Satz 2: „Der Aussteller erwirbt das Eigentum an der Urkunde, auch wenn der Inhaber nicht verfügungsberechtigt ist." Diese Bestimmung schützt den Aussteller vor doppelter Inanspruchnahme; sie wäre zwecklos, wenn ein anderer als der Eigentümer der Urkunde Gläubiger sein könnte. Eine Bestätigung dieses Satzes liegt auch in den Bestimmungen über den bevorzugten Eigentumserwerb von Inhaberpapieren (§ 935 Abs. 2 BGB.) und über die Eigentumsvermutung für den Besitzer des Papiers (§ 1006). Wie Lang (S. 41) richtig sagt, sprechen auch die §§ 1084, 1362, 1381, 1646 BGB. für die Eigentumstheorie. So wird das in der Urkunde verbriefte Recht nach sachenrechtlichen Grundsätzen zusammen mit dem Eigentum der Urkunde erworben. Der

---

[1]) RG. Bd 58 S. 10; Oertmann S. 992; Lang S. 887; Komm. d. RGRäte S. 611; Enneccerus S. 570; Endemann S. 1222; Goldmann-Lilienthal S. 849.

Eigentümer des Lotterieloses ist, wenn er Inhaber desselben ist, zur Geltendmachung der Rechte aus demselben befugt, sei es, daß er das Eigentum direkt von dem Unternehmer, sei es, daß er das Eigentum von dem Stellvertreter oder von Kommissionären des Unternehmers oder auf andere Weise erworben hat.

III. Die Voraussetzungen der Klage und die Einwendungen des Unternehmers.

Die Hauptverpflichtung des Lotterieunternehmers ist die Auszahlung der Gewinne. Diese werden für gewöhnlich durch Ziehung an einem in dem veröffentlichten Plan bestimmten Termin ermittelt. Die Ermittlung ist Voraussetzung für die Erfüllung der Auszahlung. Sie ist gleichfalls Bestandteil der Verpflichtung, zumal wenn, wie bereits oben gesagt ist, das Datum des Termins bei preußischen Privatgeldlotterien[1]) pflichtgemäß auf den Losen angegeben ist.

Auch ohne die ausdrückliche Angabe des Datums auf den Losen gilt das Gleiche. Denn der Ziehungsplan muß bei Auslegung der Willenserklärung des Unternehmers berücksichtigt werden, da die begleitenden Umstände, unter denen eine Willenserklärung abgegeben ist, zu deren Auslegung heranzuziehen sind (JW. 1910 S. 72). Dieser Satz erleidet allerdings eine Einschränkung bei Willens-

---

[1]) Nr. 4 der Verfügung v. 5. 9. 1904.

erklärungen, die an die Öffentlichkeit gerichtet sind, also auch bei Schuldverschreibungen auf den Inhaber. Hier sind nur solche Umstände zu berücksichtigen, die allen bei der Erklärung interessierten Personen erkennbar sind.[2]) Diese Voraussetzung ist bei einem veröffentlichten Ziehungsplan jedoch gleichfalls gegeben.[3])

Die Angabe des Ziehungstermins ist demnach Bestandteil der im Lose verbrieften Verpflichtung. Die Bedeutung der Erklärung des Unternehmers, die Ziehung solle an einem bestimmten Datum stattfinden, ist im folgenden zu prüfen.

Bei wörtlicher Auslegung der Erklärung ist der Schluß notwendig, daß ein Recht zur Verschiebung der Ziehung dem Unternehmer niemals zusteht, und er damit an dem betreffenden Datum in Verzug kommt (§ 284 Abs. 2 BGB.).

Dieser Auslegung steht jedoch die Verkehrssitte entgegen, und sie ist deshalb nicht möglich. Regelmäßig geht der Unternehmer davon aus, daß ihm ein Recht zur Verschiebung des Ziehungstermins zustehe. Dieses Recht wird auch durch die Verfügung a. a. O. anerkannt; denn in Nr. 5 ist gesagt, daß die Ziehungstermine mit ministerieller

---

[2]) Danz S. 215 Anm. 2; Endemann, BGB. S. 1180; Goldmann-Lilienthal S. 809.

[3]) Die außer Kraft gesetzte Bestimmung des ALR. I, 11 § 548, nach welcher der öffentlich bekanntgemachte Plan das Gesetz ist, nach welchem Rechte und Pflichten des Unternehmers beurteilt werden müssen, ist somit praktisch noch in Geltung.

Genehmigung verlegt werden können.[4]) In der Tat geschieht die Verlegung ziemlich oft.[5]) Der Käufer eines Lotterieloses muß deshalb mit einer Verschiebung des ursprünglich angegebenen Termins rechnen. Daß diese Angabe nicht bindend ist, kann man als die gewöhnliche Anschauung sowohl auf seiten der Unternehmer, als auch der Loskäufer bezeichnen. Damit sind die Merkmale der Verkehrssitte (RG. Bd. 69 S. 153) gegeben.

Anders ist es natürlich, wenn die Terminsbestimmung als unwiderruflich bezeichnet ist.[6])

Die Herausschiebung des Ziehungstermins zur Hebung des Losabsatzes kann jedoch natürlich nicht von allzu langer Dauer sein. Als erlaubtes Höchstmaß kann man die Dauer von 2 bis 3 Monaten ansehen. Eine längere Verschiebung würde der Verkehrssitte widersprechen, würde wohl auch den gewünschten Erfolg nicht haben. Denn wenn der Losabsatz sich in einem Vierteljahr nicht hebt, kann man an dem Interesse des Publikums an der Lotterie wohl für immer zweifeln. Spätestens 3 Monate nach dem ursprünglich festgesetzten Termin besteht demnach für den Unternehmer die Verpflichtung zur unverzüglichen Vornahme der Ziehung.

---

[4]) Bei Ausspielungen ist diese Genehmigung nicht erforderlich.

[5]) z. B. wurde im Dezember 1912 der Ziehungstermin der vom Posener Rennverein veranstalteten I. Posener Silberlotterie verlegt.

[6]) Diese Bezeichnung war dem Termin z. B. der Lotterie zugunsten der Berliner Kunstausstellung und der II. Silberlotterie des Posener Rennvereins 1913 beigegeben.

Wenn wir jetzt zu unserm Ausgangsfall im engeren zurückkommen und annehmen, der Unternehmer käme der Verpflichtung auch nach dem Ablauf von 3 Monaten nach dem ursprünglich festgesetzten Ziehungstermin aus freien Stücken nicht nach, so tritt zunächst die Frage auf, ob jeder einzelne Loseigentümer allein berechtigt ist, im Klagewege die Vornahme der Ziehung zu verlangen oder ob hierzu die Mitwirkung sämtlicher Berechtigten notwendig ist.

Die Verpflichtung des Unternehmers besteht gegenüber sämtlichen Loskäufern, also normalerweise gegenüber einer Mehrzahl von Gläubigern. Die Verpflichtung geht auf die Vornahme der Auslosungshandlung, ist also auf ein Tun gerichtet. Sie hat demnach eine unteilbare Leistung zum Gegenstande.[7]) Da weder rechtsgeschäftliche Beziehungen unter verschiedenen Gläubigern des Unternehmers bestehen, welche dem einzelnen Gläubiger, als Gesamtgläubiger, das Recht zur Forderung der Leistung an sich allein (§ 428 BGB.) geben, noch gesetzliche Bestimmungen den einzelnen besonders autorisieren, kommt lediglich § 432 BGB. in Anwendung[8]): „Haben mehrere eine unteilbare Leistung zu fordern, so kann ... jeder Gläubiger nur die Leistung an alle fordern."

Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes ist somit jeder Gläubiger zur Geltendmachung des Anspruches legitimiert,

---

[7]) Planck S. 309; Staudinger S. 518; Oertmann S. 346.

[8]) Komm. d. RGRäte S. 340; Planck S. 325.

nicht wie Oertmann meint, nur alle zusammen.[9]) Nach der Ansicht Oertmanns wäre der einzelne Gläubiger rechtlos, da in der Praxis sämtliche Gläubiger bei einer noch so wenig verbreiteten Lotterie wohl niemals ermittelt werden könnten.

Gefordert werden muß von dem einzelnen Gläubiger die Leistung an alle. Ist diese Leistung derartig, daß sie notwendig alle Gläubiger befriedigt, so ist das Verlangen der Leistung überhaupt identisch mit dem Verlangen der Leistung an alle Gläubiger.[10]) [11]) Wenn auch das von dem einzelnen erstrittene Urteil nicht für oder gegen sämtliche Gläubiger wirkt, so wirkt ihnen gegenüber doch die Vornahme der Ziehung.

Eine solche Leistung kann mithin der einzelne Gläubiger, ähnlich wie ein Gesamtgläubiger fordern. So ist es z. B. wenn mehreren eine Unterlassung geschuldet wird, oder mehrere Miteigentümer die Ausbesserung eines Gebäudes verlangen können. Ebenso wie durch die Vornahme der Ziehung, werden hier notwendig alle Gläubiger durch die Ausführung des Klageantrages befriedigt; dieser enthält so gleichzeitig an und für sich das Verlangen der Leistung an alle Gläubiger.

---

[9]) Ebenso Planck S. 326; Staudinger S. 550; a. M. Oertmann Bd. 2 S. 367.

[10]) Planck S. 326; Staudinger S. 550; Rehbein S. 463; Enneccerus S. 272.

[11]) Diese Folge des Gesetzes war im 1. Entw. ausdrücklich gesagt, wurde später als selbstverständlich gestrichen; Prot. Bd. 1 S. 466, zit. bei Staudinger S. 550.

Die Vornahme der Ziehung, welche auf Betreiben eines Losgläubigers geschehen ist, würde alle Gläubiger befriedigen. Der praktische Wert dieser Leistung an die nichtklagbar gewordenen Gläubiger würde jedoch erheblich herabgemindert werden, wenn sie vom Ziehungsergebnis nichts erfahren würden. Das Interesse der übrigen Gläubiger würde verletzt werden, wenn der betreibende Gläubiger zwar die Vornahme der Ziehung im Wege der Zwangsvollstreckung erwirken könnte, ihm jedoch keine Möglichkeit gegeben wäre, die Verpflichtung des Unternehmers zur Veröffentlichung der Ziehungsergebnisse zu erzwingen. Da der einzelne nur die Leistung an alle fordern darf, ist anzunehmen, daß er nur eine für alle vollwertige Leistung zu verlangen berechtigt ist. Er muß deshalb mit seiner Forderung auf Vornahme der Ziehung die auf Veröffentlichung der Ziehungsergebnisse [12]) verbinden, um auch hierfür einen vollstreckbaren Titel zu erlangen.

Ob das Verlangen auf Veröffentlichung im Klageantrage besonders erwähnt sein muß, mag dahingestellt sein. Die Veröffentlichung gehört zur ordnungsmäßigen Ziehung, also zu der verlangten Leistung. Der Antrag auf Vornahme der Ziehung kann in diesem weiteren Sinne aufgefaßt werden. Das Urteil auf Vornahme der Ziehung würde somit den Unternehmer auch zur Ver-

---

[12]) Und zwar in der im Ziehungsplan, bei privaten Geldlotterien in Preußen auch auf dem Lose (Nr. 4 der Verf. a. a. O.) angegebenen Weise.

öffentlichung der Ziehungsergebnisse anhalten und hierfür ein vollstreckbarer Titel sein.

Wenn demnach nach Ablauf einer der Verkehrssitte in ihrer Dauer nicht mehr entsprechenden Zeit der Unternehmer einer Lotterie noch immer mit der Vornahme der Auslosung zaudert, so würde die Klage eines Losgläubigers auf Vornahme der Auslosung von Erfolg sein, falls nicht irgendwelche Einwendungen des Unternehmers durchgreifen sollten.

Diese Einwendungen sind durch den § 796 BGB. beschränkt. Danach kann der Unternehmer als Aussteller der Lose dem Inhaber nur Einwendungen entgegensetzen, welche

1. die Gültigkeit der Ausstellung betreffen, oder
2. sich aus der Urkunde ergeben, oder
3. dem Unternehmer unmittelbar gegen den Inhaber zustehen.

Da nur der Regelfall Gegenstand der Behandlung in dieser Arbeit ist, können wir die Fälle zu 1. und 3. ausschalten. Wir nehmen an, daß der Unternehmer bei der Ausstellung geschäftsfähig gewesen, daß auch das vorgelegte Los als echtes von ihm anerkannt ist, daß demnach die Gültigkeit der Ausstellung nicht fraglich ist. Wir nehmen auch an, daß Verjährung, Aufrechnung oder sonstige Einwendungen von dem Aussteller unmittelbar gegen den Inhaber nicht erhoben werden. Wir gehen weiter und schalten auch die Einrede des mangelhaften Verfügungsrechtes, die der Unternehmer gegen den inne=

habenden Nichteigentümer hätte, und für die er beweispflichtig wäre, aus unserer Erörterung aus.

Von Interesse für diese Abhandlung sind nur die aus der Urkunde sich ergebenden Einwendungen, zu denen, wie oben nachgewiesen ist, auch solche aus dem Lotterievertrage gehören. Denn wir sind von der Annahme ausgegangen, daß der Grund zu der Nichtvornahme der Ziehung seitens des Unternehmers der mangelhafte Absatz der Lose war. Es ist wohl möglich, daß der Unternehmer seinerseits alles getan hat, um den Absatz der Lose zu heben, daß ihm dies aber nicht gelungen ist, und er danach die Durchführung der Lotterie für zweckwidrig hält. Er kann von der Ansicht ausgehen, daß er zur Vornahme der Ziehung nur verpflichtet ist, wenn ihm der Absatz der Lose gelungen ist. Allein diese Ansicht ist unrichtig.

Allerdings ist wirtschaftlich in der Stellung des Verkäufers ein Unterschied zwischen dem normalen Verkauf einer Sache und dem Verkauf eines Loses durch den Unternehmer; regelmäßig hat der Verkäufer durch den Verkauf den von ihm gewollten wirtschaftlichen Zweck erreicht, während der Lotterieunternehmer den Zweck nicht durch den Verkauf eines einzelnen Loses, sondern nur dann erreicht, wenn ihm der Verkauf einer für die Erreichung eines gewissen Überschusses genügend großen Anzahl von Losen gelungen ist. Der wirtschaftliche Zweck jedoch, den nur die eine Vertragspartei erstrebt, ist nur in den Ausnahmefällen für ihre Vertragspflichten von

Bedeutung, bei denen er ausdrücklich zum Geschäftsinhalt geworden ist. So wäre es unmöglich, daß der Theaterdirektor, der sich zwanzig Personen gegenüber bestimmt zur Vorstellung verpflichtet hat, diese mit der Begründung verweigert, er habe trotz aller Mühe nicht die 150 Menschen zusammenbekommen können, deren Beteiligung allein ihm die Aufführung lohnend machen könne.

Wenn auch vor 1900 das allgem. Landrecht (I, 11 §§ 550, 551) in dieser Beziehung dem Lotterieunternehmer ein Sonderrecht gegeben hatte, das ihm erlaubte, von der Ziehung Abstand zu nehmen, wenn ihm der Absatz der Lose nicht gelungen war, so haben wir doch heute keinen Grund, bei dem Lotterievertrage von den allgemeinen Grundsätzen abzuweichen. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Bestimmungen des allgem. Landrechts in keiner Weise übernommen. Ja, es ist sogar bei seiner Schaffung ausdrücklich der entgegengesetzte Standpunkt betont worden. Denn der in der 2. Kommission gestellte Antrag,[13]) dem Unternehmer einer Lotterie mit gemeinnützigen oder ähnlichen Zwecken das Recht zur Verschiebung der Ziehung oder zum Rücktritt vom Vertrage für den Fall des mangelnden Losabsatzes einzuräumen, wurde mit der Begründung abgelehnt, daß „aus dem Inhalt des Vertrages, ohne eine ausdrückliche Vereinbarung, die Absicht des Unternehmers, unter den angegebenen Umständen nicht gebunden zu sein, nicht abgeleitet werden könne,

---

[13]) Prot. S. 3187 ff.; Jakubecky S. 149.

und ebenso wenig ließe sich aus dem Zweck der Lotterie diese Folge entnehmen ... dem Lotterieunternehmer stehe es ja frei, sich die Rechte, die ihm der Antrag gebe, in den Lotteriebedingungen vorzubehalten". So sind die Verpflichtungen aus den einzelnen Losen völlig selbständig und unabhängig davon, daß dem Unternehmer der Absatz der Lose gelingt.

Darin zeigt sich eben am besten die Spielnatur auch der Verpflichtung aus dem Lose, daß die Lotterie, wenn der Unternehmer mit vielen Losen sitzen geblieben ist, und diese selber spielen muß, für ihn mit Verlust enden kann.[14] [14a]

Anders würde es nun sein, wenn der Unternehmer einen ausdrücklichen Vorbehalt auf dem Lose vermerkt hätte. Als ein solcher kann es nicht angesehen werden, wenn der Zweck, für den die Lotterie Mittel aufbringen soll, auf den Losen angegeben ist. Ein solcher Vermerk ist lediglich aufklärender Natur, aber ohne rechtliche Bedeutung.

Sonach müßte jeder Losinhaber, der Eigentümer seines Loses geworden ist, mit seiner Klage auf unverzügliche Vornahme der Ziehung, bei Vorliegen eines oben geschilderten Sachverhaltes, gegen den Unternehmer durchdringen.

---

[14] Brunabend S. 27; Komm. d. RGRäte S. 567; Enneccerus S. 522; Planck S. 813; Cohn S. 72/73; Goldmann-Lilienthal S. 809; Endemann, Lotterierecht S. 111; Cosack in ZHR. Bd. 30 S. 275.

[14a] Die Verpflichtung aus dem Lose berührt sich nicht mit dem Kaufvertrage, dessen Objekt die Sache, das Papier, ist, das die Verpflichtung in sich allerdings verkörpert.

B. Die Zwangsvollstreckung.

Die Vornahme der Ziehung ist eine Handlung. Zweifelhaft kann nur sein, ob sie eine vertretbare oder eine unvertretbare Handlung ist, und welche Grundsätze auf die Vollstreckung des Urteils auf Vornahme der Ziehung anzuwenden sind. Wenn es zweifelhaft ist, ob eine zu vollstreckende Handlung vertretbar ist oder nicht, so muß sich die Beurteilung zuerst nach dem Interesse des Gläubigers richten. Bietet für ihn die Vornahme durch einen Dritten vollgültigen Ersatz für die eigentlich vom Schuldner vorzunehmende Handlung, so ist gemäß § 887 ZPO. der Gläubiger zur Vornahme der Handlung auf Kosten des Schuldners zu ermächtigen.[1])

Für die Ziehung, die auf die Klage eines Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung erwirkt werden soll, ist die Beurteilung insofern eine andere, als für sie nicht nur das persönliche Interesse des einzelnen betreibenden Gläubigers allein maßgebend sein kann, da die Ziehung einer Mehrzahl von Personen, den zum größten Teil unbekannten Losgläubigern, gleichfalls Befriedigung gewähren soll. Maßgebend wird hier das Interesse eines normalen Gläubigers mit vernünftigem Ermessen sein müssen.

---

[1]) RG. Bd. 55 S. 59; JW. Bd. 98 S. 605; Stein S. 731; Neukamp S. 1045; Seuffert S. 627; Petersen S. 582.

Die Ziehung richtet sich in erster Linie nach dem Ziehungsplan. In ihm werden fast stets — schon auf Grund des staatlichen Zwanges — genaue Angaben über Zahl der Lose, Zahl und Höhe der Gewinne enthalten sein, und damit die Gewinnwahrscheinlichkeit festgelegt sein.

Sollte jedoch eine dieser Angaben zur Zeit der Vollstreckung noch fehlen — wie etwa die Angabe über Zahl der kleinen Gewinne, deren Gesamtsumme nur genannt sein könnte —, so müßte mit dem Klageantrage auf Ziehung der auf die notwendige Ergänzung des Planes durch eine Willenserklärung des Unternehmers verbunden werden und es könnten also in diesem, übrigens unwahrscheinlichen Ausnahmefalle zwei Klagen in Frage kommen. Die Zwangsvollstreckung in diese Erklärung müßte nach den Regeln für die Vollstreckung in unvertretbare Handlungen erfolgen; denn hier ist es im Interesse sämtlicher Gläubiger wesentlich, daß der Unternehmer persönlich den von ihm verfaßten Plan ergänzt. Das Gericht dürfte demnach nicht in diesem Falle dem betreibenden Gläubiger die Ermächtigung geben, seinerseits einen Dritten zur Vertretung des Unternehmers zu bevollmächtigen.[2]) Damit ist die Anwendbarkeit des § 887 ZPO. in diesem Falle ausgeschlossen, und es müßte für diese Vollstreckung § 888 ZPO. Anwendung finden.

---

[2]) Stein S. 731; Seuffert S. 628; and. M. hinsichtlich der Auffassung RG. Bd. 55 S. 60.

Wie bereits bemerkt, wird dieses Ergänzungsverfahren im Regelfalle nicht notwendig sein und der Vollstreckungsantrag sich lediglich auf die Vornahme der Ziehung und ihre Veröffentlichung zu richten brauchen.

Die Ziehung selbst ist ein rein tatsächlicher Vorgang. Sie ist das Verfahren, in welchem rein durch den Zufall die Verteilung der Gewinne auf die einzelnen Lose ermittelt wird. Eine Willenserklärung des Unternehmers ist bei dieser nur dem Zufall unterworfenen Entscheidung unnötig, und es entfällt damit die Möglichkeit, die Ziehung als ein Rechtsgeschäft anzusehen.[3]) Daß die Ziehung Rechtsfolgen, nämlich die Feststellung der Gewinne hat, steht dieser Ansicht nicht entgegen; denn vertragliche Rechtsfolgen können auch von Ereignissen abhängig gemacht werden. Die rechtliche Grundlage der Ziehungsfolgen bleibt die Verpflichtung aus dem Lose. Die Person des Vornehmenden hat auf das Ergebnis der Ziehung keinen Einfluß. Die Ziehung kann daher als rein tatsächlicher Vorgang mit einer mechanischen Dienstleistung verglichen werden. Nicht anders ist die Bekanntmachung der Ziehungsergebnisse zu beurteilen.

Der eben erwähnte Umstand, nämlich daß der Unternehmer auf das Ziehungsergebnis keinen Einfluß hat, daß sie einer mechanischen Dienstleistung vergleichbar ist, ist auch ein Hauptgrund dafür, daß die Vornahme der

---

[3]) Komm. d. RGRäte S. 80; Staudinger Bd. 1 S. 388.

Ziehung eine vertretbare Handlung ist.[4]) Der vernünftige Durchschnittsgläubiger hat kein Interesse daran, daß der Unternehmer selbst die Ziehung vornimmt, und die merkwürdigen Hoffnungen Abergläubischer, die sich an einer Lotterie nur beteiligt haben, weil die Mitwirkung einer ihrer Meinung nach ihnen besonders glückbringenden Person bei der Ziehung vorausgesehen war, können hier wohl mit Recht außer Acht gelassen werden.

Es kommt nur darauf an, daß die Gewinnwahrscheinlichkeit, die der Ziehungsplan für das einzelne Los setzt, zur Grundlage der Ziehung gemacht wird, und im übrigen der Zufall in der üblichen Form die Entscheidung bringt.

Kipp (a. a. O.), der die Ziehungshandlung für unvertretbar hält, geht von der Annahme aus, daß mehrere Gläubiger nach einem Urteil die Ziehung zwangsweise durchgeführt haben. Er meint, es sei nicht möglich, einer dieser in ihrem Ergebnis natürlich voneinander abweichenden Ziehungen den Vorrang vor den andern zu geben und folgert hieraus die Unvertretbarkeit der Handlung. Für das Bürgerliche Gesetzbuch treffen seine Ausführungen jedoch nicht mehr zu; denn wenn auch das von dem einzelnen Gläubiger erstrittene Urteil nur im Innenverhältnis zwischen ihm und dem Unternehmer wirkt,[5]) so werden doch durch die Vollstreckung des Urteils, die Vornahme der Ziehung, gemäß § 432 BGB. alle Gläubiger befriedigt. So sind nach der Durchführung einer ordnungs=

---

[4]) Seuffert S. 627; Waag S. 407; and. M. Kipp S. 153.

[5]) Enneccerus Bd. 2 Abt. 2 S. 273.

mäßigen Ziehung alle etwa folgenden späteren Ziehungen für die Verpflichtung des Unternehmers von keiner Bedeutung. Sollte die merkwürdige Annahme Kipps, daß mehrere Ziehungen genau gleichzeitig vorgenommen werden, wirklich eintreten — was wohl kaum jemals vorkommen dürfte — so würde allerdings eine Kollision unvermeidlich sein. Dann dürften wohl beide gleichzeitigen Ziehungen als einander aufhebend ungültig sein. Im übrigen kann eine in nur theoretisch denkbaren Fällen eintretende Kollision bei vielen Rechtseinrichtungen vorkommen. Ein solcher Fall kann an der Vertretbarkeit der Ziehungshandlung nichts ändern.

Demnach ist die erste von einem Gläubiger erstrittene und durchgeführte Ziehung die maßgebende. Die ordnungsmäßige Veröffentlichung der Ziehungsergebnisse ist eine Garantie dafür, daß Beeinträchtigungen übriger Gläubiger und unnötige weitere Rechtsstreite nicht eintreten.

Die Durchführung des Urteils auf Vornahme der Ziehung im Wege der Zwangsvollstreckung findet nach den für die Vollstreckung vertretbarer Handlungen geltenden Grundsätzen statt (§ 887 ZPO.). Der Gläubiger kann auf Kosten des Unternehmers die Ziehung und Veröffentlichung ihres Ergebnisses selbst oder durch einen von ihm beauftragten Dritten vornehmen. Die Durchführung hat selbstverständlich in der ordnungsmäßigen und üblichen Weise zu geschehen, so daß nur der Zufall entscheidet, ohne daß unlautere Einflüsse das Ergebnis korrigieren.

Schluß: Der Interesseanspruch.

Dem Gläubiger, der die Verurteilung des Lotterieunternehmers zur Vornahme der Ziehung erwirkt hat, steht außer der Zwangsvollstreckung noch ein anderes Mittel zur Verfügung. Er kann nach Rechtskraft des Urteils dem Unternehmer eine Frist mit der im § 283 BGB. bestimmten Androhung setzen und nach deren Ablauf sein Interesse, d. h. Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern (Seuffert S. 642).

Die Erleichterung, die dieser Weg dem Gläubiger gibt, nämlich der Umstand, daß er selbst nicht Zeit und Mühe zur Durchführung der Ziehung aufzuwenden braucht, wird hierbei allerdings aufgewogen durch die Schwierigkeit und Unsicherheit seiner Schadensberechnung.

Die Verpflichtung des Unternehmers würde sich nach Ablauf der Frist auf einen Schadensersatz in Geld beziehen; denn die Naturalrestitution würde die Erfüllung bedeuten, und auf diese hat der Gläubiger dann gemäß § 283 BGB. keinen Anspruch mehr (RG. Bd. 61 S. 53). Das Interesse an der Erfüllung, also an der Vornahme der Ziehung, das der Gläubiger als Schadensersatz geltend machen kann, ist in erster Linie abhängig von der Anzahl seiner Lose. Das Interesse des Inhabers von 1 oder

2 Losen, der nur einige Mark an den Unternehmer bezahlt hat, ist selbstverständlich weit geringer als das desjenigen, der 50 Lose erworben, weit mehr Geld aufgewendet hat und eine bedeutend größere Gewinnaussicht zu haben glaubt.

So muß aus diesem Grunde bei der Schadensberechnung der Handelswert des einzelnen Loses, der geringer als der Nennwert sein dürfte, außer Betracht bleiben. Wenn aber auch dieses rein objektive Moment bei der Schadensberechnung nicht herangezogen werden kann, bleibt deshalb doch der Ersatzanspruch nicht — wie Waag S. 407 meint — wegen Unmöglichkeit der Schätzung inhaltlos. Allerdings ist objektiv auch die Höhe oder Wahrscheinlichkeit eines Gewinnes nicht zu schätzen, schon weil der Gesamterlös aus den Losen im Plan immer größer als die Gesamtsumme der Gewinne ist, und deshalb die Gewinnchance eines Loses hinter seinem Kaufpreise zurückbleibt. Dieses Ergebnis ist praktisch unverwendbar, weil regelmäßig der kleinste Gewinn mindestens so hoch wie der Einsatz ist, und daher ein aus der Gewinnchance berechneter kleinerer Gewinn in Wirklichkeit niemals eintreten könnte.

Aber objektive Momente brauchen den Schaden nicht zu bestimmen. Bei der Schadensberechnung ist das persönliche Interesse der Gläubiger vor allen anderen maßgebend.[1]) Dieses persönliche Interesse in seiner Höhe

---

[1]) Staudinger S. 44; Dernburg Bd. 2 Abt. 1 S. 67.

ganz genau auf Heller und Pfennig darzulegen, wird dem Gläubiger niemals möglich sein, und nach altem Recht würde er deshalb mit seinem Anspruch nicht durchdringen.[2]) Heute indessen besteht der Grundsatz der freien Schadensschätzung (§ 287 ZPO.). So müssen alle Umstände bei der Berechnung Berücksichtigung finden. Persönlich interessiert den Gläubiger außer der vermeintlichen Gewinnchance auch seine Freude am Spiel. Sie ist kein bloßes Affektionsinteresse, sondern hat bei ihrer großen Verbreitung unter den Menschen gerade bei der Lotterie objektiven Verkehrswert. Jeder Loskäufer weiß, daß der Wert seines Loses nach der berechenbaren Chance kleiner ist als sein Entgelt.

So kann der Kaufpreis das Interesse des Gläubigers an der Vornahme der Ziehung gleichfalls darlegen. Hat er viel angelegt, so hat er seiner Freude am Spiel deutlicher Ausdruck gegeben, hat aber auch zweifellos mehr Aussicht auf einen größeren Gewinn. Beide Umstände unterliegen der freien Beweiswürdigung. Die Schadensschätzung könnte so ergeben, daß der Schaden des Käufers von 1 oder 2 Losen ungefähr seinem Einsatz gleichkommt, während er bei Käufern von mehr Losen auf das doppelte oder dreifache des Einsatzes anwächst.[3])

---

[2]) Dernburg a. a. O. S. 71.

[3]) Ähnlich Cohn S. 70; Bender S. 51f.; Gruchot S. 201; Endemann, Lotterierecht S. 110.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.